

Scissione e responsabilità per le obbligazioni nel concordato preventivo (e negli accordi di ristrutturazione)

di Paolo Pototschnig (*)

Lo scritto commenta una sentenza che ha definito una causa promossa da un creditore di una società scissa in concordato preventivo nei confronti della beneficiaria dopo che le obbligazioni ristrutturate non erano state adempiute, fondando le domande di condanna sul regime di responsabilità solidale proprio dell'operazione straordinaria, combinato con la disposizione della legge fallimentare che, stabilendo la vincolatività degli effetti del concordato stesso per tutti i creditori, fa salvi i diritti nei confronti dei coobbligati e dei garanti. L'Autore sottopone a revisione critica le conclusioni della sentenza che hanno escluso l'applicabilità di quelle norme per giungere ad affermare una responsabilità della società beneficiaria per le obbligazioni ristrutturate e non adempiute dalla società scissa, sempreché non sia stata pronunciata la risoluzione del concordato preventivo dalla quale viene fatta derivare la reviviscenza della disciplina societaria. Si sottolinea, da un lato, come la questione debba essere affrontata tenendo conto delle condizioni proposte dal debitore e del comportamento dei creditori nella procedura concorsuale per stabilire se possano coniugarsi la norma societaria e quella concorsuale; e, dall'altro lato, come contrasti con il principio della stabilità degli effetti della scissione attribuire alla risoluzione del concordato una portata ripristinatoria dell'assetto dei rapporti giuridici derivanti dalle relative assegnazioni.

L'antefatto concordatario e l'azione promossa a seguito dell'insuccesso del piano di ristrutturazione

La causa decisa dalla Sezione specializzata per le imprese del Tribunale di Roma trae origine dall'esecuzione di un concordato preventivo, omologato dal Tribunale di Velletri, sulla base di una proposta che contemplava un'operazione di scissione parziale mediante assegnazione ad una società neocostituita degli elementi dell'attivo e di alcune poste del passivo riconducibili all'attività caratteristica (1).

Quanto alle obbligazioni, alla beneficiaria sarebbero stati trasferiti i debiti verso i dipendenti, gli enti previdenziali e i fornitori strategici. Le altre passività sarebbero rimaste a carico della società scissa, bilanciate dalla conservazione di alcuni elementi dell'attivo, quali le immobilizzazioni materiali, alcuni crediti e la disponibilità di cassa. Più precisamente, quanto agli elementi del passivo, la programmata ripartizione poneva i crediti privilegiati del personale trasferito ad esclusivo carico della beneficiaria, che avrebbe dovuto soddisfare in misura percentuale anche i diritti vantati dai fornitori strategici; mentre gli altri crediti chirografari avrebbero dovuto essere estinti, nella stessa misura percentuale, dalla società scissa, che rimaneva onerata in via esclusiva anche dei debiti verso l'erario e gli istituti previdenziali.

Raggiunte le maggioranze nelle tre classi di creditori ammessi al voto e respinte le opposizioni, il concordato preventivo veniva omologato e, quindi, eseguito con l'operazione straordinaria programmata, mediante la costituzione di una nuova società e il trasferimento degli elementi patrimoniali come allocati nella proposta omologata, nonché con la successiva messa in liquidazione della società scissa.

Tuttavia, il tentativo di ristrutturazione non è poi stato coronato da successo, posto che, dopo cinque anni, la società scissa non aveva adempiuto alle proprie obbligazioni, come ristrutturate in sede concordataria, tant'è che il Tribunale di Velletri ne avrebbe poi dichiarato il fallimento, previa dichiarazione di risoluzione del concordato preventivo. A questo punto, un istituto bancario, inserito nella classe dei creditori chirografari non strategici in virtù dell'esposizione della società scissa, ha avviato un giudizio ordinario chiedendo la condanna della beneficiaria al pagamento delle sue ragioni di credito, rimaste insoddisfatte per l'insuccesso del piano concordatario, per l'intera esposizione risultante dai progressi rapporti bancari.

Il titolo della domanda è stato fondato sia sulla disciplina della responsabilità solidale che lega la società scissa e la società beneficiaria nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto trasferito o

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) La sentenza è commentata anche da G. Fauceglia, *Le sorti della scissione concordataria tra strumenti negoziali di regolazione della crisi e disciplina societaria*, in *Fall.*, 2020, 8-9.

rimasto in capo alla prima, come stabilito dall'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c.; sia sulla disposizione della legge fallimentare, il comma 1 dell'art. 184 l.fall., che, relativamente agli effetti dell'omologazione del concordato e alla relativa vincolatività, fa salvi i diritti dei creditori verso i coobbligati, anche in via di regresso, e i fideiussori. Si è sostenuto che la combinazione dei precetti contenuti nelle due disposizioni giustificasse la possibilità di aggredire la società beneficiaria in caso di inadempimento da parte di quella scissa, e per l'intero credito vantato, attesa l'espressa deroga della norma concorsuale al principio dell'obbligatorietà del concordato per i creditori rispetto ai coobbligati.

L'affermazione dell'inapplicabilità del regime di responsabilità proprio della scissione in caso di concordato preventivo

Il Tribunale di Roma non ha condiviso la tesi dell'attrice, muovendo da una premessa: l'art. 184 l.fall. si riferisce ai creditori anteriori al concordato anche nella parte in cui sancisce la conservazione dei diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, posto che l'effetto così stabilito riguarda debiti che siano, appunto, già sorti al momento della domanda, come si ricava dalla prima parte della disposizione. Ne consegue l'inapplicabilità della norma a quelle situazioni nelle quali la responsabilità sorge successivamente e in esecuzione del concordato, perché i crediti non trovano corrispondenza in debiti anteriori; e così doveva ritenersi accaduto nel caso di specie, a seguito dell'attuazione della scissione parziale da cui sarebbe derivato il regime di solidarietà della neocostituita società beneficiaria.

Rimaneva tuttavia la questione dell'applicabilità della norma societaria in ambito concordatario. La sentenza ha sottolineato come il Giudice di legittimità non si fosse ancora espresso al riguardo, e che la giurisprudenza di merito non sembrava aver affrontato *ex professo* la questione, laddove si è limitata a rilevare, quasi incidentalmente, la compatibilità dell'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c. con un'operazione straordinaria contemplata e realizzata in esecuzione di un piano concordatario (2). Il Tribunale di Roma

non ha condiviso questo approccio esegetico. Ritenendo di dover applicare il principio di specialità tra i due ambiti disciplinari, la motivazione della sentenza giunge alla conclusione che l'art. 184, comma 1, primo periodo, l.fall. è una previsione che dovrebbe escludere l'applicabilità dell'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c., se l'operazione di scissione avvenga in esecuzione di un piano concordatario omologato.

La sentenza enfatizza l'esigenza di far prevalere l'interesse della massa dei creditori, anche in nome della *par condicio creditorum*, su quello dei singoli creditori, che potrebbero invocare la responsabilità solidale delle società partecipanti alla scissione, così come su quello dei soci espresso mediante l'approvazione assembleare dell'operazione: una sorta di "inversione gerarchica" della tutela delle loro posizioni, come indica la sentenza. Sul piano sistematico, la sentenza ravvisa un argomento a sostegno della soluzione accolta nell'esigenza di non incidere sui tempi e sulle modalità di esecuzione del concordato, e sul relativo controllo da parte degli organi della procedura, risultato a cui si perverrebbe, secondo il Giudice romano, se ciascun creditore fosse libero di soddisfarsi in base alla tempestività delle iniziative nei confronti degli obbligati, secondo il criterio, cioè, espresso dal noto brocardo *prior in tempore potior in iure*.

La relazione tra operazioni straordinarie e materia concorsuale

Come osserva la sentenza in commento nell'*incipit* della sua motivazione, la questione giuridica esaminata pone in evidenza il rapporto tra diritto societario e diritto della crisi d'impresa quando occorra risolvere questioni interpretative riguardanti l'impiego delle operazioni straordinarie nei tentativi di ristrutturazione aziendale. La materia concorsuale deve sposare, per sua natura, elementi sostanziali e profili procedurali, ed è destinata per ciò solo a presentare fattispecie nelle quali occorre affrontare l'impatto interdisciplinare: così accade quando il tentativo di ristrutturazione aziendale debba misurarsi con un'operazione straordinaria; o, per meglio dire, quando l'imprenditore e i suoi professionisti scelgano di strutturare il piano con la previsione di aumenti di capitale, fusioni, scissioni e trasformazioni (3).

(2) La decisione richiama un precedente rappresentato da Trib. Ravenna 29 ottobre 2015, che può essere letto in *Dir. fall.*, 2016, II, 985 ss., spec. 988, con nota di B. Farsaci, e in *Giur. comm.*, 2016, II, 1259 ss., con nota di S. Lovisatti, *Sul concordato tramite scissione (o fusione): tra disciplina concorsuale e norme societarie*.

(3) Per recenti ricognizioni delle questioni che sorgono nel rapporto tra diritto societario e materia concorsuale, non limitate

naturalmente all'impiego delle operazioni straordinarie, si veda P. G. Cecchini, *Idee per la riforma di fusioni, scissioni e trasformazioni nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, C.B. Vanetti, *Operazioni straordinarie nelle crisi d'impresa: sono possibili scissioni e conferimenti negativi?*, www.ilcaso.it.

I riferimenti normativi in proposito sono chiari sul piano dell'ammissibilità. Le riforme della disciplina concorsuale degli ultimi anni si sono ispirate all'intento di offrire all'impresa debitrice la più ampia libertà di scelta nella strutturazione della proposta ai suoi creditori, anche per mezzo del ricorso agli strumenti societari, e la proposta di concordato preventivo può pacificamente prevedere operazioni straordinarie. L'art. 160, lett. a), l.fall. contiene un generale riferimento alla possibilità di impiegare queste operazioni nel tentativo di ristrutturazione, previsione cui si aggiungono i richiami al possibile coinvolgimento dei creditori con attribuzione di titoli partecipativi, per mezzo di operazioni di aumento di capitale riservate agli stessi, e ai conferimenti d'azienda per i concordati in continuità ex art. 186 bis, comma 1, l.fall. Anche il regime delle proposte e delle offerte concorrenti contiene un espresso richiamo agli aumenti di capitale come atti esecutivi dei concordati, suscettibili di essere attuati anche in caso di inadempimento del debitore, che rappresentano sulla carta un elemento di facilitazione del coinvolgimento dei creditori.

Allo stesso modo, l'attuale disciplina societaria, all'opposto del regime preclusivo vigente prima della riforma del 2003, sancisce una piena compatibilità dei due ambiti normativi, rimarcata anche dalla giurisprudenza (4). La disposizione di cui all'art. 2499 c.c. contiene un'indicazione alla quale, seppur non pacificamente, può attribuirsi il valore di un riferimento generale, laddove non esclude la trasformazione di società in pendenza di procedure concorsuali (5). La differenza strutturale della trasformazione rispetto alle altre operazioni non stride con un principio che trova la sua giustificazione proprio in un'esigenza di generale coordinamento tra le due discipline, e che riceve conforto dalle norme sulle fusioni e sulle scissioni, le quali

impediscono il ricorso a queste operazioni straordinarie solo quando sia iniziata la distribuzione dell'attivo in fase di liquidazione (art. 2501, comma 2, c.c.). Secondo quanto si è già avuto modo di osservare (6), il quadro sistematico delinea un rapporto di complementarietà tra le due discipline, di mezzo dell'operazione societaria rispetto al fine del risanamento dell'impresa. Tuttavia, i menzionati riferimenti normativi indicano che il legislatore non ha voluto tracciare una relazione di prevalenza tra le due discipline (7). Considerazioni analoghe possono farsi nella prospettiva della slittata entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (di seguito, CCII), dove non solo sono riproposti i riferimenti alle operazioni straordinarie già esistenti nella legge fallimentare a proposito del contenuto della proposta e del piano (artt. 84 e 85), ma è inserita una disposizione dedicata espressamente alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni (art. 116). Con le relative previsioni si è inteso porre un punto fermo per due rilevanti questioni di potenziale conflitto (8), introducendo anche un generale rinvio, con la clausola di compatibilità, alle norme societarie che disciplinano queste operazioni (art. 116, comma 4).

Per questa ragione, la questione del concorso o del conflitto di norme non dovrebbe essere risolta sulla base di una rigida applicazione del rapporto di specialità, che attribuisca predominanza alla disciplina concorsuale rispetto alle norme societarie; e, viceversa, neppure con un approccio che consideri la disciplina societaria impermeabile a quella concorsuale, evitando interpretazioni che portino con sé sovrapposizioni o duplicazioni di prescrizioni normative che sarebbero confliggenti con le finalità proprie degli strumenti preposti alla soluzione della crisi d'impresa e con un loro efficiente impiego. La strada più corretta appare quella di risolvere concorsi o conflitti di norme trovando margini di convivenza sulla scorta della

(4) Per alcune esplicite affermazioni al riguardo cfr. Trib. Ravenna 29 ottobre 2015, loc. cit.; Trib. Arezzo 27 febbraio 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Ancona 9 aprile 2015, in *Fall.*, 2016, 3, 346 ss., con nota di M. Cavanna; App. Firenze 8 marzo 2016, in www.ilcaso.it. In altre circostanze la giurisprudenza ha affrontato specifiche tematiche relative alle operazioni straordinarie in ambito concordatario, assumendone implicitamente come pacifica la compatibilità: ad esempio, Cass. 18 gennaio 2018, n. 1181; Trib. Catania 14 luglio 2016, in www.ilsocietario.it, 16 febbraio 2017.

(5) Per tutti, G. Scognamiglio, *Le scissioni*, in *Trattato delle Società per azioni*, diretto da G.B. Colombo - G.E. Portale, 2006, VII, vol. II, 86; F. Guerrera, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. Società*, 2013, 1114, spec. 1133, ulteriori citazioni alla nt. 40; M. Cavanna, *Fusione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati*, Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. De Nova, 2018, 28 ss. *Contra* R. Brogi, in P. Bastia - R. Brogi, *Operazioni straordinarie*

societarie e crisi d'impresa, 2016, 167. Per ulteriori citazioni in argomento si veda D. Cillo, *Le operazioni sul capitale sociale e le operazioni straordinarie a servizio del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. not.*, 2017, 691.

(6) Mi permetto di rinviare a P. Pototschnig, *Le scissioni (e le fusioni) societarie quali strumenti di attuazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in www.ilcaso.it, 4 ss.; Id., *I conferimenti societari*, in *Fall.*, 2017, 1033.

(7) Cfr. F. Guerrera, *op. cit.*, 1124, che si è espresso per l'utilizzo di un criterio di complementarietà e selezione tra discipline.

(8) Questioni su cui si tornerà nel prosieguo e che sono rappresentate dal concorso delle opposizioni come strumenti di tutela dei creditori, con l'assorbimento di quella societaria in quella concorsuale, e delle conseguenze sulla scissione in caso di risoluzione o annullamento del concordato, con la riaffermazione del principio dell'intangibilità degli effetti dell'operazione. L'art. 116 CCII non dovrebbe essere interessato dal decreto correttivo in corso di approvazione.

funzione che deve attribuirsi agli istituti e alle previsioni di volta in volta coinvolti, traendone le logiche e preferibili opzioni interpretative sia per il concordato preventivo sia per gli accordi di ristrutturazione. Ipotesi di concorso o conflitto di norme possono infatti riscontrarsi anche nell'impiego di quest'ultimo strumento, ancorché in modo meno accentuato, vuoi per la preventiva formazione del consenso tra debitore e creditori aderenti, vuoi per le caratteristiche che contraddistinguono il procedimento per l'omologazione. Sul piano del diritto societario, si possono ravvisare disposizioni che si applicano *de plano* in quanto afferenti alla struttura dell'operazione: così, ad esempio, per la società per azioni, i conferimenti non presentano limiti legati all'oggetto se la possibilità di eseguirli in natura sia statutariamente prevista, dovendosi ritenere applicabile agli aumenti di capitale l'art. 2342, comma 1, c.c.; il comma 4 dell'art. 2346 c.c. consente di valutare una diversa assegnazione delle azioni rispetto alla parte del capitale sottoscritto, se questa possibilità sia prevista dallo statuto, con ciò legittimando assetti della compagine sociale che possano apparire più funzionali alla ristrutturazione. L'esigenza di affrontare la crisi con il ricorso ad uno strumento della legge fallimentare può giustificare un interesse della società che, anche solo sul piano della convenienza rispetto all'oggetto sociale, legittima l'esclusione o la limitazione del diritto opzione (art. 2441, comma 5, c.c.), compreso in radice per i conferimenti in natura e di crediti, secondo l'orientamento preferibile sul piano sistematico e non legato al dato letterale (art. 2441, comma 4, c.c.). Quanto alle scissioni, tenendo conto delle forme di tutela dei soci, è possibile prevedere operazioni non proporzionali rispetto all'entità originaria delle partecipazioni tra i soci della società scissa (art. 2506 *bis*, comma 4, c.c.), nonché asimmetriche, in cui uno o più soci si vedano assegnare partecipazioni solo di una o di alcune società partecipanti all'operazione; si possono altresì prevedere, entro determinati limiti, conguagli in denaro a favore di alcuni soci (art. 2506, comma 2, c.c.) (9).

Sul piano procedimentale, l'operazione richiede poi il rispetto delle regole legate al suo *iter* sia per la

formazione del consenso degli organi societari coinvolti secondo le maggioranze prescritte (10), sia a garanzia del valore dell'apporto: e pertanto, che si tratti di società di nuova costituzione o di società preesistente, per i conferimenti in natura e di crediti si devono seguire le norme degli artt. 2342 ss. e 2440 c.c. con conseguente necessità della relazione di stima redatta dall'esperto nominato dal tribunale *ex art.* 2343 c.c. ove non ricorra un'ipotesi di esenzione. Nel caso di fusioni e scissioni il procedimento deve seguire le regole di cui agli artt. 2501 *ter* ss. c.c. con i tre passaggi fondamentali consistenti nella redazione del progetto, nella sua approvazione e nella predisposizione dell'atto con i relativi depositi e forme di pubblicità (11). Possono tuttavia ricorrere le condizioni per le c.d. fattispecie semplificate, quanto al contenuto del progetto e all'*iter* del procedimento, se sussistano tra le società interessate dall'operazione le condizioni di controllo previste (artt. 2505 e 2505 *bis* c.c.).

Rispetto ad altri aspetti della disciplina societaria è invece necessario operare un coordinamento normativo con la materia concorsuale, guidato dal criterio funzionale, e la fattispecie che ricorreva nella vicenda giudiziaria decisa dal Tribunale di Roma può certamente considerarsi una di queste, almeno nei contorni di seguito tracciati.

Le variabili dell'utilizzo delle operazioni straordinarie nei processi di ristrutturazione

Non manca però un altro profilo che può condizionare le opzioni esegetiche. Le operazioni straordinarie si muovono, di prassi e com'è intuitivo, nel solco della continuità aziendale perché presuppongono la prosecuzione dell'attività, e non una prospettiva meramente liquidatoria, anche quando l'operazione sia funzionale ad una dismissione dell'impresa o di una sua parte. Ne consegue che, seguendo l'orientamento che si è andato consolidando a proposito del concetto di continuità e che sarà ulteriormente precisato dall'art. 84 CCII, i piani con operazioni straordinarie implicano, di consueto, l'applicazione delle norme di cui all'art. 186 *bis* l.fall.; l'assenza del limite della misura minima di soddisfacimento dei creditori

(9) A queste strutture corrispondono le possibilità di ripartizione del capitale nella fusione propria o nell'aumento dello stesso in caso di fusione per incorporazione in base al valore dei patrimoni delle società interessate e non alla somma dei capitali nominali. Si veda per tutti L. Genghini - P. Simonetti, *Le società di capitali e le cooperative*, 2015, II, 1306 ss. Analogamente, nelle fusioni può essere previsto un conguaglio in denaro entro il medesimo limite dei dieci per cento (art. 2501 *ter*, comma 2, c.p.c.).

(10) Accanto alla deliberazione dell'assemblea straordinaria, quella delle assemblee speciali *ex art.* 2376 c.c., quando vi sia incidenza sui diritti dei portatori dei relativi titoli (diverse categorie di azioni o strumenti finanziari partecipativi).

(11) Per la scissione in virtù dei richiami normativi di cui all'art. 2506 *ter* c.c. Anche rispetto a queste operazioni si deve verificare il coinvolgimento delle assemblee speciali e, eventualmente, di quella degli obbligazionisti, prodromica, *ex art.* 2503 *bis* c.c., a sterilizzare il diritto di opposizione alla fusione o alla scissione.

chirografari ex art. 160, ultimo comma, l.fall.; la possibilità, consentita anche per gli accordi di ristrutturazione dall'art. 182 *quinquies* l.fall., che il debitore sia autorizzato a pagare creditori strategici anteriori. Muovendo da questa premessa, l'esigenza di coordinamento tra disciplina societaria e norme concorsuali è influenzata dalla programmazione temporale e procedurale dell'operazione straordinaria rispetto al percorso di risanamento dell'impresa. Se l'operazione sia stata decisa e realizzata in funzione dell'intervento di ristrutturazione, ma senza legami giuridici con lo strumento scelto per il tentativo di ristrutturazione, essa esaurisce i suoi effetti su un piano societario; ma non è questa ovviamente l'ipotesi che tende a verificarsi nella pratica in situazioni di crisi aziendale. Le variabili significative sono due: quella in cui l'operazione sia concepita *ab origine* come atto esecutivo del piano da realizzarsi interamente dopo l'omologazione; e quella in cui l'operazione sia decisa e deliberata prima del ricorso allo strumento di composizione della crisi, con un condizionamento degli effetti, di carattere sospensivo, all'omologazione delle deliberazioni assembleari approvate, che segna pertanto il momento nel quale le stesse deliberazioni divengono efficaci e possono ricevere esecuzione.

Se questa seconda soluzione, che presuppone il riconoscimento della legittimità del condizionamento delle determinazioni assembleari (12), neutralizza le possibili incertezze sull'esecuzione e il completamento del processo deliberativo del conferimento o della scissione, è vero tuttavia che è la prima ad essere più frequentemente utilizzata per motivi di rapidità ed economicità rispetto al concepimento della proposta e del piano e all'omologazione del concordato. La scelta può comunque condizionare l'applicazione delle norme di riferimento, come dimostra anche la decisione in commento, che ha tratto la soluzione della prima questione interpretativa dal rapporto temporale tra omologazione e momento genetico della scissione.

Rapporti tra responsabilità per le obbligazioni e profili negoziali del concordato

La soluzione accolta dal Tribunale di Roma, rispetto all'inapplicabilità dell'art. 184 l.fall., appare di primo acchito convincente. E lo è effettivamente

come soluzione del caso concreto. Non altrettanto condivisibili, almeno in parte, sembrano però le ragioni dell'opzione interpretativa che, reputando di dover risolvere una questione interdisciplinare tra diritto societario e materia concorsuale, suggerisce un principio di carattere generale che non si coniuga con gli aspetti negoziali della proposta di concordato e con l'elemento consensualistico sottostante all'omologazione.

Non c'è dubbio che la norma di riferimento, la seconda parte del comma 1 dell'art. 184 l.fall., riguardi i creditori anteriori e i loro diritti. Ed è altrettanto vero che si trovano affermazioni di principio circa l'inderogabilità della regola che preserva i diritti di quei creditori verso garanti e coobbligati. Ma il campo di applicazione della norma deve essere più attentamente vagliato. La previsione è ispirata da un intento protettivo dei crediti destinati a subire una ristrutturazione e si giustifica, come ricorda il Tribunale romano, con il fatto che i rapporti giuridici, a carattere reale o personale, tra creditori della società anteriori al decreto di apertura della procedura e soggetti terzi sono estranei al concordato, non dovendo quindi tali rapporti subire i relativi effetti (13). La conferma si evince anche dalla collocazione della previsione e dal suo connotato escludente rispetto alla regola generale della vincolatività del concordato.

Gli effetti della ristrutturazione aziendale mediante concordato non possono dunque menomare, come mero effetto dell'omologazione, le posizioni più, in senso lato, garantite, perché delle obbligazioni debbano rispondere anche altri soggetti, oltre al debitore. Ma la lettura della norma deve anche essere combinata con il contenuto della proposta, in quanto queste posizioni, intanto possono considerarsi insensibili al concordato, in quanto l'impresa in crisi non chieda che vengano coinvolte nel tentativo di soluzione della crisi stessa. La libertà negoziale lasciata al debitore nello strutturare la proposta non impedisce infatti di considerare anche le posizioni dei creditori verso i coobbligati, tenuto conto degli obblighi di manleva e regresso, proponendo soluzioni che allineino le condizioni di soddisfacimento del credito fino a giungere alla rinuncia alla solidarietà o alla garanzia. Condizioni che possono rivelarsi *ex ante* rilevanti per la tenuta del piano e che infatti, opportunamente, devono essere considerate nella sua

(12) Cass. 17 novembre 2005, n. 23262; in dottrina, F. Guerrera - M. Maltoni, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione*, in *Riv. Società*, 2008, 50; E. Bertacchini, *La conversione dei crediti in azioni negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nei piani attestati di risanamento nel quadro della legge fallimentare riformata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, 181, spec. 193; più

recentemente, R. Brogi, in P. Bastia - R. Brogi, *op. cit.*, 201; P.G. Cecchini, *op. cit.*, 9 ss., ove ulteriori citazioni.

(13) Principio che induce a ricomprendere anche i rapporti di carattere reale, accanto a quelli di natura personale, come la posizione del terzo datore di ipoteca: per tutte, Cass., SS.UU., 16 febbraio 2015, n. 3022.

formulazione e nelle previsioni della proposta. E si deve notare, al riguardo, come la posizione di questi creditori giustifichi, quando anzi non imponga di considerarli in un'apposita classe, proprio in ragione della maggior garanzia di soddisfacimento di cui beneficiano e dei possibili diversi interessi suscettibili di condizionare il voto (14).

Il punto di riferimento si sposta allora sull'elemento consensualistico su cui si reggono il concordato e la sua omologazione. L'approvazione si basa su un principio maggioritario che vincola tutti i creditori anteriori, anche quelli che siano rimasti estranei alla procedura. La dottrina si è sforzata di spiegare il fenomeno dell'estensione degli effetti dell'omologazione, assoluta sul piano soggettivo, posto che riguarda anche i crediti contestati, spiegando la sua efficacia sia se gli stessi non siano ammessi al voto sia rispetto alla decisione che in seguito accerti l'*an* e il *quantum* dell'obbligazione. Si muove dal concetto che il provvedimento di omologazione suggelli una sostanziale novazione in quanto all'obbligazione originaria si sostituisce quella contenuta nella proposta e che diviene quella da adempiere; e si può aggiungere che si tratta di un effetto rispetto ai crediti contestati condizionato dall'esito dell'accertamento giudiziale o arbitrale. Un inquadramento che può essere condivisibile in base al dato normativo, purché si precisi che la modifica dell'obbligazione originaria assume un carattere estintivo condizionato *ex lege*, che avvicina l'effetto più ad una transazione non novativa, data la possibilità di risoluzione del concordato se l'inadempimento non sia di scarsa importanza e considerate le conseguenze ripristinatorie dei crediti ristrutturati che esso comporta. Si è poi giustificato questo effetto assorbente di ogni posizione creditoria, che implica una deroga al principio di cui all'art. 1372 c.c. e all'inefficacia del vincolo nei confronti di soggetti estranei al contratto, con la coesistenza della regola di maggioranza e dell'intervento dell'Autorità giudiziaria in funzione di garanzia e certificazione della legittimità dell'accordo e della formazione del consenso; un più recente affinamento esegetico ricorre alla figura del contratto a favore del terzo, giustificata dall'assunzione che la proposta costituisce la miglior soluzione possibile per il soddisfacimento delle obbligazioni, come valutata dai creditori,

e che vi sia stato il controllo giudiziale sull'espressione del consenso (15).

Forse la ricerca di una quadratura interpretativa del cerchio non è necessaria e rischia di non essere pienamente appagante rispetto ad istituti che non è agevole adeguare alla regola concorsuale. Forse, più semplicemente, ci si può accontentare di ricondurre la norma alla riserva di cui all'art. 1372 c.c. e alla deroga che può essere introdotta dalla legge, rispondendo ad un principio di ordine pubblico economico l'esigenza di cristallizzare le condizioni omologate sulla base della proposta, non solo per rispetto della parità di trattamento dei creditori, ma anche per eliminare un forte elemento di incertezza nell'esecuzione del concordato e nella sua riuscita. Le deroghe alle norme civilistiche operate dalla materia concorsuale costituiscono del resto un fenomeno in via di espansione e rispondono alla tensione del legislatore verso soluzioni che favoriscano l'impiego degli strumenti di composizione della crisi: è il caso degli strumenti previsti dall'art. 182 *septies* l.fall., gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria, che consentono di forzare la soggezione all'accordo dei creditori bancari o finanziari meno rappresentativi con un'estensione *ex lege* degli effetti negoziali dell'accordo stesso, strumenti il cui campo di applicazione è destinato ad essere generalizzato dal CCII sul piano soggettivo (16).

Tornando alla manifestazione di volontà che *uti singuli* è destinata ad essere assorbita in quella della maggioranza nella formazione del consenso all'accettazione della proposta del debitore, come lo è quella del socio rispetto alle deliberazioni assembleari, la disciplina del concordato non autorizza però a diluire il comportamento del singolo creditore nella sola e mera espressione del voto. Il creditore può interloquire sulla proposta secondo quanto stabilito dall'art. 175 l.fall., formulando osservazioni sulla ammissibilità e sulla convenienza della proposta, così come sui crediti contestati ammessi al voto, che possono condizionare l'esito della procedura sul piano della formazione del consenso e dell'omologazione; ma soprattutto, guardando agli strumenti di tutela, l'art. 180, comma 2, l.fall. legittima i soli creditori dissenzienti a proporre opposizione all'omologazione, legittimazione che si estende naturalmente al reclamo (17).

(14) Così ad esempio, M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati*, Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. De Nova, 2014, 706.

(15) Cfr. M. Fabiani, *op. cit.*, 702 ss.

(16) Gli artt. 61 e 62 prevedono infatti due istituti, gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa e la convenzione di moratoria, ai quali il debitore può ricorrere coinvolgendo qualunque tipologia di creditore e non più solo quelli finanziari.

(17) Si noti, a proposito della rilevanza della condotta del creditore che, abbandonata nelle riforme di questi anni la regola del silenzio-assenso (se si vuole un altro potenziale strappo alla disciplina dei contratti), l'idea della sua re-introduzione torna talora ad affacciarsi in dottrina come proposta *de jure condendo* e dovrebbe ricevere un riconoscimento nella figura del concordato minore prevista dal CCII.

Inoltre, la seconda parte del comma 1 dell'art. 184 l. fall. non sancisce, correttamente sul piano della libertà negoziale dell'imprenditore, l'invalidità o l'inefficacia delle condizioni di una proposta che incida sulla posizione dei coobbligati sotto forma di un contratto a favore di terzo, figura qui invocabile con maggior convinzione, o avendo come sottostante una qualche forma di intesa tra quei soggetti e il debitore a supporto della proposta stessa. Simili condizioni non devono quindi, e opportunamente, considerarsi vietate *tour court*, anche perché siamo di fronte a diritti disponibili che potrebbero, appunto, ricevere una preventiva regolamentazione negoziale bilaterale o trilaterale nei rapporti tra debitore, creditore e coobbligato (18). Su questo piano, è davvero difficile giustificare affermazioni assolutistiche di segno contrario fatte discendere dalla regola dell'inderogabilità della norma: affermazioni che sembrano escludere l'ammissibilità di patti preventivi in deroga, conclusione che non appaga tanto più perché gli stessi sarebbero, come sono, destinati a divenire pienamente legittimi immediatamente dopo l'omologazione (19). Né sarebbe convincente desumere un argomento *a contrario* dal fatto che il secondo comma dell'art. 184 l. fall. faccia espressamente salvi i patti che escludono l'estensione dell'efficacia del concordato ai soci illimitatamente responsabili: tornando qui in rilievo il principio generale dell'obbligatorietà del concordato (20), si giustifica la previsione espressa della possibilità di deroga a quella regola. Si possono allora porre due scenari interpretativi legati ad una proposta che miri ad incidere anche sulla responsabilità dei coobbligati: che l'applicabilità della norma si pieghi al principio di maggioranza o che, viceversa, la sua inderogabilità non sia limitata alla segnalata portata escludente nel silenzio della proposta e possa essere fatta valere dal creditore pregiudicato come motivo di opposizione quando il debitore proponga di coinvolgere anche i diritti verso

i coobbligati. Anche la prima soluzione potrebbe considerarsi astrattamente consentita da una norma il cui tenore letterale si presta, in sé, ad essere circoscritto a salvaguardare i diritti verso i coobbligati che non siano interessati dalla proposta; ma è la seconda opzione che rappresenta naturalmente la strada più corretta per rispetto della *ratio* della disposizione e per evitare comportamenti opportunistici dei creditori meno, sempre in senso lato, garantiti, che possono avere tutto l'interesse a far approvare una soluzione che stralci le posizioni di coobbligati e garanti. Interesse che risiederebbe nella possibilità di limitare il fabbisogno concordatario o il rischio di insuccesso, se si riduca o, addirittura, si elimini il possibile esercizio dei regressi secondo le regole civilistiche della solidarietà, pur nei limiti in cui essi possano essere fatti valere, come si sottolineerà tra breve.

Ma, seguendo questa impostazione, non dovrebbe essere negata, al tempo stesso e per coerenza, la rilevanza del comportamento del creditore che voti favorevolmente sulla proposta, rinunciando al diritto all'opposizione, ma anche accettando la deroga ad una norma posta a sua esclusiva tutela. Questo era quanto accaduto nel caso deciso dalla sentenza in commento dove la banca, attrice nel giudizio promosso contro la società beneficiaria, aveva votato favorevolmente sulla proposta di concordato. L'esatto canone interpretativo non è allora tanto il rapporto tra disciplina societaria e concorsuale, ma quello che il Tribunale di Roma coglie quando, quasi incidentalmente, osserva come "il piano di concordato che preveda, per la sua attuazione, l'esecuzione di una operazione di scissione, possa legittimamente determinare quale delle società coinvolte nella scissione sia tenuta - in via esclusiva - a provvedere al soddisfacimento di una data classe di creditori". Nello specifico, la proposta limitava gli impegni estintivi ad una o all'altra società partecipante alla scissione,

(18) È noto che non mancano anche nella legge fallimentare ipotesi in cui la nullità di clausole contrattuali sia direttamente prevista dalle norme: è il caso del terzo comma dell'art. 186 *bis* l. fall., che sancisce l'inefficacia delle clausole che consentono il recesso dai contratti stipulati dall'impresa per il solo fatto del deposito della domanda di concordato.

(19) Recentemente Cass. 6 settembre 2019, n. 22382, secondo la quale "La disposizione della l. fall., art. 184, comma 2, costituisce una deroga espressa al principio della comunicabilità degli effetti favorevoli tra i condebitori previsto dall'art. 1301 c.c., per la remissione volontaria e dall'art. 1941 c.c., per la fideiussione, considerata costituzionalmente legittima, in riferimento agli artt. 3 e 42 Cost., l. fall., art. 184 (o dell'art. 135), giacché il fideiussore, da un lato paga quanto si era assunto l'obbligo di pagare e dall'altro subisce, in sede di rivalsa, gli effetti del concordato come qualunque altro creditore: tale disciplina trova

fondamento nella finalità di favorire l'accettazione della proposta concordataria da parte dei creditori (Cass. 23275/2006). Deve pertanto escludersi che l'effetto esdebitatorio del concordato possa essere esteso ai coobbligati in forza di patto espresso inserito nella proposta, trattandosi di disciplina degli effetti del concordato normativamente stabilita e dunque sottratta, a differenza di quanto previsto dalla disposizione della l. fall., art. 184, u. c., alla disponibilità delle parti".

(20) Si giustifica la norma ritenendo che, nei tentativi di soluzione della crisi d'impresa, debbano essere coinvolti e ricevere lo stesso trattamento sul piano delle obbligazioni i soci illimitatamente responsabili in quanto soggetti che hanno sostenuto l'impresa garantendola con il patrimonio personale: Fabiani, *op. cit.*, 709; P.F. Censoni, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. Jorio - B. Sassani, 2016, IV, 355.

secondo una ripartizione che rispondeva alla conservazione dell'attività caratteristica che la beneficiaria avrebbe proseguito, liberata da una parte dell'esposizione debitoria gravante sulla scissa.

In altre parole, la particolare dinamica dell'incontro di volontà nel concordato, che genera la formazione dei consensi, non impedisce al suo interno di ravvivare nel comportamento del singolo creditore, oltre che un momento di formazione dell'eventuale adesione collettiva, anche una valenza negoziale di natura dispositiva e abdicativa di quei diritti che l'art. 184 l.fall. fa salvi a suo favore, potendo ciò rispondere ad un suo interesse a che il concordato sia approvato alle condizioni proposte dal debitore principale: ad esempio, perché la garanzia copra solo una modesta parte del credito pur falciato o sia sottoposta a condizioni che ne limitino l'escussione, ovvero in quanto il coobbligato sia di dubbia solvibilità. Per converso, proprio il procedimento di formazione del consenso impone al creditore di votare negativamente, di essere cioè dissenziente come recita l'art. 180 l.fall., sulla proposta per poter poi contestare l'eventuale deroga negoziale alla disposizione.

Quando invece la proposta omologata non incida sulla previsione dell'art. 184, comma 1, seconda parte, l.fall., anche a seguito di modifiche conseguenti all'opposizione (21), la conservazione dei diritti verso un fideiussore implica che, nei limiti dell'importo massimo garantito, lo stesso rimanga obbligato a soddisfare l'intera obbligazione che risulti parzialmente stralciata nei confronti del debitore principale; allo stesso modo, più in generale, un coobbligato solidale si trova esposto per l'intero, mentre la quota parte per la quale avrebbe diritto di essere manlevato può risultare ridotta dai limiti di soddisfacimento previsti dal concordato omologato (22).

Questa sorte dei diritti del coobbligato è giustificata da un coordinamento con i principi sulla surroga e sul regresso tipici della solidarietà. La considerazione è immediata rispetto alla prima, posto che il coobbligato o il fideiussore fanno valere in via di surroga il diritto del creditore che ha subito la novazione derivante dalla proposta approvata; lo è meno rispetto al

regresso, che subisce comunque lo stesso trattamento proprio perché il relativo diritto, il cui fatto genetico è antecedente al concordato, è soggetto a quella vincolatività che riguarda anche i creditori estranei. Da tali considerazioni è pertanto lecito inferire la neutralità delle posizioni dei coobbligati rispetto all'esecuzione del piano e alla capacità di soddisfacimento delle obbligazioni da parte dell'impresa debitrice. Questa conclusione consente anche di riconoscere l'irrelevanza dei tempi e delle modalità di soddisfacimento previste dalla proposta nei rapporti tra creditore e coobbligato, che non impediscono al primo di rivolgersi al secondo per ottenere un immediato pagamento quando il concordato omologato sancisca un riscadenziamento, che sarà poi subito dal coobbligato stesso in via di regresso. Peraltro, il vincolo di garanzia o obbligatorio può anche essere contraddistinto da determinate condizioni di soddisfacimento, si pensi a quelle legate ad un *beneficium excussionis*, sulle quali possono indirettamente incidere i profili negoziali del concordato.

Se si condivide il ragionamento fin qui svolto, diviene più agevole anche l'inquadramento del regime di responsabilità per le scissioni deliberate, ma condizionate all'omologazione. Essendo il fatto genetico dell'obbligazione anteriore al provvedimento che determina la vincolatività della proposta, a differenza dell'operazione concepita in attuazione, non sarebbe neppure possibile limitarne il campo di applicazione sulla base del riferimento temporale all'insorgenza del credito; ma, come sembra osservare incidentalmente pure la sentenza in commento, la ristrutturazione delle obbligazioni investe tanto la società scissa quanto la beneficiaria, e nulla impedisce anche in questo caso che la proposta possa derogare alla regola, contemplando condizioni diverse rispetto al regime di responsabilità proprio della scissione sulle quali i creditori possano essersi già detti d'accordo o rispetto alle quali si esprimano comunque favorevolmente.

Da ultimo, va osservato come il discorso si ponga diversamente per gli accordi di ristrutturazione, per il diverso regime di obbligatorietà dell'omologazione derivante dalla loro struttura. I creditori estranei non sono toccati dalle intese con il debitore, se non nella

(21) In questo caso, quando cioè la proposta non sia modificata prima della votazione a seguito delle osservazioni critiche del creditore, l'aspetto delicato è rappresentato dalla possibilità per il tribunale di omologare egualmente il concordato stralciando dalle condizioni la deroga alla norma in esame. Posto che, come si dirà subito nel testo, le posizioni dei coobbligati sono neutre per il fabbisogno concordatario, si può essere inclini a dare una risposta positiva, stanti le conseguenze, in termini di costi, tempo e

prospettive di soddisfacimento, che deriverebbero dal dover ripetere la procedura, anche in base ad una nuova domanda, ripassando da una votazione dei creditori.

(22) Si sottolinea in dottrina come questa disciplina assuma una portata derogatoria degli artt. 1301 e 1941 c.c. (P.F. Censoni, *op. cit.*, 354 s.). Ma altrettanto si può dire rispetto agli artt. 1298 e 1299 c.c. riguardanti i rapporti interni tra condebitori e i relativi diritti di regresso, come subito nel testo.

dilazione temporale entro la quale i relativi crediti devono essere soddisfatti integralmente; i diritti verso coobbligati e garanti restano conseguentemente salvi, potendo al più essere influenzati dal termine di centoventi giorni stabilito *ex lege* per l'adempimento. I crediti degli aderenti subiscono invece la ristrutturazione concordata anche rispetto ai coobbligati e ai garanti, in assenza di una norma come quella esaminata, disciplina coerente con la differente essenza di questo strumento di regolazione della crisi d'impresa fondato su una base volontaristica individuale, ancorché tendenzialmente collettiva in ragione della composizione del ceto creditorio.

Le sorti delle operazioni straordinarie in caso di insuccesso del tentativo di ristrutturazione

Come si è detto, nel caso deciso dalla sentenza in commento, la dichiarazione di fallimento è conseguita alla declaratoria di risoluzione del concordato. Il Tribunale si è quindi posto il problema se questa statuizione potesse incidere sulla pretesa della banca creditrice nei confronti della beneficiaria. Si può ricordare che la risoluzione è una statuizione non necessaria per giungere alla dichiarazione di insolvenza, tenuto conto dell'orientamento giurisprudenziale che si è andato consolidando sul rapporto procedurale tra concordato preventivo e fallimento (23), ma non per questo risulta fine a sé stessa rispetto ai crediti ristrutturati. Come noto, i crediti tornano infatti ad essere esigibili nella loro entità originaria, dedotti eventuali atti estintivi parziali nel frattempo intervenuti. La stabilità degli atti esecutivi di natura satisfattiva compiuti a favore dei creditori è fissata dall'art. 140, comma 3, l.fall. per il concordato fallimentare (24), norma ritenuta coerentemente applicabile anche al concordato preventivo.

Quanto al regime di responsabilità, la sentenza assume che la risoluzione del concordato non possa pregiudicare retroattivamente l'efficacia della scissione in virtù del principio di stabilità dell'operazione sancito dall'art. 2504 *quater* c.c., richiamato dall'art. 2506 *ter*, ultimo comma, c.c., che consegue alle iscrizioni nel registro delle imprese del relativo atto che precludono la dichiarazione d'invalidità dell'operazione. Dall'intangibilità della scissione e degli effetti riorganizzativi il Tribunale fa discendere la

conseguenza del venir meno delle ragioni ostative all'applicabilità del regime della responsabilità solidale. La risoluzione del concordato provocherebbe l'immediata e integrale esigibilità dei crediti, non solo, come detto, nei confronti della società originaria debitrice, ma anche nei confronti delle altre società partecipanti alla scissione, in concorso con quelli che nel frattempo possono essere sorti dalle relazioni giuridiche dell'impresa.

Come chiosa alla decisione in commento se ne trae quindi il principio per cui "l'applicazione dell'art. 2506-*quater*, u.c. in tanto può essere esclusa in quanto il concordato nel cui ambito l'operazione di scissione è stata eseguita viene ad essere portato a termine: ove, invece, il concordato preventivo venga dichiarato risolto, tornano ad applicarsi le regole societarie ordinarie e, dunque, non potendo predicarsi una qualche forma di invalidazione dell'operazione di scissione e la conseguente 'riunificazione' dei patrimoni oramai definitivamente assegnati alle singole beneficiarie, anche la responsabilità solidale delle società coinvolte nella scissione". E siffatto principio sarebbe quello che "tutela nel miglior modo possibile la posizione dei creditori sociali i quali votano a favore di un piano concordatario che preveda l'operazione di scissione e l'assegnazione del proprio credito ad una sola delle società coinvolte nell'operazione medesima nella (legittima) aspettativa che quel piano venga poi attuato".

Non sembra che quest'ultima considerazione possa assumere particolare rilevanza nel risolvere la questione. L'aspettativa della riuscita del piano è comune a tutti i creditori che vi hanno aderito, e finisce per essere tale anche rispetto ai non aderenti che subiscono la volontà della maggioranza. La scelta di favore per una determinata soluzione della crisi dell'impresa debitrice non giustifica le conseguenze che derivino dal suo insuccesso, cui possono contribuire diversi fattori anche sopravvenuti e imprevedibili. Sottolineando che la soluzione accolta introduce un elemento di incertezza nelle relazioni giuridiche e commerciali perché, a distanza di tempo, la società interessata viene a essere onerata di una responsabilità che può essere particolarmente gravosa, è invece doveroso chiedersi se sia davvero corretto far discendere *de plano* dalla risoluzione la reviviscenza della responsabilità solidale *ex art. 2506 quater*, comma 3, c.c., come ha concluso il Tribunale di Roma.

(23) Il rapporto è configurato non come pregiudizialità tecnica, ma di mero coordinamento derivante dalla contemporanea pendenza dei due procedimenti, che impone la definizione di quello concordatario prima di quello fallimentare: cfr. per tutte Cass. 17 luglio 2017, n. 17703; Cass. 26 novembre 2018, n. 30359, in *Pluris*.

(24) Ritenuto analogicamente applicabile, specie con riferimento ai pagamenti, sempreché si tratti di atti estintivi effettuati conformemente alla proposta approvata: Cass. 14 gennaio 2016, n. 509.

L'intangibilità degli effetti dell'operazione straordinaria, in caso di risoluzione o annullamento del concordato, discende dalla disciplina societaria e non vi è motivo per giustificare un suo superamento quando l'operazione sia stata realizzata (25). Non vi è una ragione di conflitto tra i diversi ambiti disciplinari e, anzi, negare la stabilità dell'operazione sarebbe incoerente con la stessa disciplina concorsuale che riconosce l'intangibilità degli atti soddisfatti in esecuzione del concordato. Come già sopra accennato, questa conclusione è destinata a ricevere espresso riconoscimento nel comma 3 dell'art. 166 CCII che, nell'attuale versione, sancisce l'irreversibilità degli effetti delle operazioni straordinarie, riconoscendo a creditori e terzi il diritto risarcitorio tipico della disciplina societaria. Si può notare che la riserva di questo diritto rischia di essere fuorviante perché, pur nel richiamo alle pertinenti norme del codice civile in materia di trasformazione, fusione e scissione, induce a collegare una responsabilità all'esercizio dei rimedi concordatari, quando il diritto al risarcimento dovrebbe invece discendere dall'attuazione dell'operazione allorché un siffatto diritto sia configurabile nonostante l'*imprimatur* di legittimità conferito dall'omologazione, ad esempio per le difformi modalità con cui sia stata attuata l'operazione stessa rispetto a quanto previsto dal piano.

La netta scelta del legislatore in materia societaria, in applicazione del diritto comunitario, impone dunque di tenere fermi gli effetti dell'operazione, qualunque sia stata l'opzione programmatica tra le due sopra considerate; ma resta da valutare se il contenuto della proposta, che abbia caratterizzato quella di scissione, possa influenzare il regime di responsabilità. Di primo acchito, la risposta sembra dover essere effettivamente negativa: se la risoluzione porta con sé l'effetto retroattivo della reviviscenza dei crediti originari rendendo inefficace la soluzione novativa omologata, non sembrerebbe esserci spazio per la conservazione delle condizioni della proposta che abbiano inciso sul regime di responsabilità.

Tuttavia, si dovrebbe riconoscere che quelle condizioni sono a loro volta divenute irreversibili, perché entrate a far parte dell'atto di scissione caratterizzando sul piano sostanziale le assegnazioni di beni e rapporti giuridici con cui l'operazione straordinaria è stata realizzata. Sulla scorta delle considerazioni svolte a proposito dell'ambito di applicazione dell'art. 184 l.fall., se la proposta approvata si limiti a

prevedere una scissione con la sola allocazione del patrimonio e dei rapporti giuridici, il regime di responsabilità sarà quello ordinario dettato dalla norma societaria; se, invece, la proposta di concordato contenga condizioni che incidano su questo regime, l'assegnazione delle obbligazioni e gli effetti dal lato passivo saranno quelli tracciati nella proposta stessa, come poi recepiti nell'atto di scissione. E, tra queste condizioni, vanno annoverate quelle che si riflettono sul regime di responsabilità, dal momento che i creditori ne hanno disposto approvando la proposta che impegnava solo l'una o l'altra società ad estinguere determinate obbligazioni.

In altre parole, l'irreversibilità degli effetti non può non coinvolgere proprio l'assetto dei rapporti sostanziali conferito dalla proposta alla scissione, se su di esso si sia formato il consenso concordatario certificato con l'omologazione. Si perviene così ad una soluzione che sembra più coerente con l'irretrattabilità degli atti soddisfatti eseguiti prima della risoluzione, e che guarda maggiormente a quelle esigenze di certezza dei rapporti giuridici cui risponde la regola della stabilità degli effetti della scissione. Ecco che allora, nel caso deciso dal Tribunale di Roma, avrebbe dovuto essere escluso il diritto del creditore di agire nei confronti della società beneficiaria, poiché la proposta omologata prevedeva che il suo diritto sarebbe stato estinto in via esclusiva dalla società scissa.

Si può aggiungere che la conclusione non dovrebbe essere diversa per gli accordi di ristrutturazione, con la scontata precisazione che le eventuali deroghe non possono riguardare i creditori non aderenti, rispetto ai quali si applicherà la regola societaria. Naturalmente la questione si pone se si riconosca la risolvibilità di questi accordi in caso di inadempimento. Un orientamento ravvisa un ostacolo nel provvedimento di omologazione, ma l'*imprimatur* giudiziale non pare impeditivo della risoluzione, anzitutto, perché l'omologazione non genera effetti costitutivi dei rapporti negoziali coinvolti, talché non si pone neppure il dubbio di una possibile relativa intangibilità; in secondo luogo, perché un provvedimento giudiziale non può considerarsi un ostacolo alle sorti di impegni contrattuali, quando la sua funzione sia quella di controllo e certificativa dei presupposti per ricorrere allo strumento di composizione della crisi (26).

Resta la questione se, per analogia, debba applicarsi la disciplina sostanziale e processuale del concordato

(25) In giurisprudenza, Trib. Reggio Emilia 16 aprile 2014, in *Redazione Giuffrè*, 2014. In dottrina, per tutti, F. Guerrera, *op. cit.*, 1137.

(26) Del resto, neppure i provvedimenti costitutivi di diritti generano effetti d'intangibilità del vincolo negoziale: si pensi alle sentenze costitutive di un vincolo preliminare che certo non precludono la risoluzione del definitivo in caso d'inadempimento.

preventivo e quale impatto possa avere la disciplina dei contratti plurilaterali (27). Anche il CCII non affronta questi aspetti, ma il progressivo riconoscimento della natura di procedura concorsuale degli accordi di ristrutturazione (28) favorisce il recepimento di un'applicazione analogica di una disciplina ritagliata, in modo più o meno puntuale, sul particolare contesto in cui deve essere pronunciata la risoluzione dell'accordo concordatario. Quanto al secondo aspetto, occorre tenere distinti i possibili diversi interessi dei creditori rispetto alla risoluzione dai profili soggettivi di essenzialità della prestazione ineseguita di cui all'art. 1459 c.c. rispetto all'ammissibilità di uno scioglimento parziale nei confronti di uno o più creditori. Mentre il criterio oggettivo della importanza dell'inadempimento non può che costituire il faro della decisione sulla domanda di risoluzione, e in quest'ambito vengono in rilievo gli interessi dei creditori alla prosecuzione dell'accordo nonostante, ad esempio, possibili difformità del contenuto dell'operazione rispetto alle condizioni omologate, non sembra che vi sia spazio per una risoluzione parziale perché l'essenzialità di ciascuna prestazione dovrebbe considerarsi *in re ipsa*, dal punto di vista soggettivo, nel contesto delle complessive obbligazioni previste da un accordo *ex art. 182 bis l.fall.* e dei presupposti che hanno giustificato il ricorso a questo strumento.

Un profilo residuale, ma non banale: la competenza a conoscere delle domande di adempimento delle obbligazioni derivanti da una scissione

Merita un'osservazione finale una questione di carattere processuale che si evince dalla decisione in commento. La causa era stata avviata presso un tribunale ordinario che ha declinato la propria competenza in favore della sezione specializzata del tribunale delle imprese competente *ratione loci*. Nel ricostruire lo svolgimento del processo la sentenza ricorda questa pronuncia in rito, ma non è dato comprendere le specifiche ragioni che hanno indotto a dover applicare il criterio di competenza per materia stabilito dall'art. 3 del D.Lgs. 26 giugno 2003, n. 168,

come modificato dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con la L. 24 marzo 2012, n. 27.

Non c'è dubbio ovviamente che le questioni trattate coinvolgessero la disciplina societaria e che la specializzazione dei giudici appartenenti al tribunale delle imprese potesse soddisfare maggiormente la cognizione di questioni complesse, che per di più si intersecavano con la normativa concorsuale. Senonché, guardando all'oggetto del giudizio, si era di fronte ad un'azione recuperatoria di un credito e alle relative domande di condanna, ancorché il loro titolo fosse fondato sul regime di responsabilità della scissione. Il giudizio non toccava, quanto all'oggetto delle domande, profili attinenti alla validità dell'operazione piuttosto che alla regolarità della sua esecuzione, ma esclusivamente le ragioni di un creditore rimasto insoddisfatto in sede di concordato preventivo, il quale intendeva avvalersi di un titolo di responsabilità che pertiene pur sempre, nella sua essenza, al diritto delle obbligazioni.

Era pertanto legittimo dubitare, pur considerando la previsione più lata che detta la competenza dell'organo specializzato, che si potesse ricondurre il procedimento ad una causa relativa a "rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario"; e altrettanto vale ovviamente con riferimento alle più specifiche figure elencate nel comma 2 dell'art. 3 del D.Lgs. 26 giugno 2003, n. 168. L'angolo di visuale non è tanto soggettivo perché, ad esempio, le opposizioni dei creditori a fusioni e scissioni sono certamente soggette alla competenza del tribunale delle imprese, bensì oggettivo e legato al fondamento giuridico delle domande. La sentenza del Tribunale di Roma avalla così, più o meno consapevolmente, un'interpretazione estensiva delle norme che regolano questa competenza per materia, estendendola a tutte le controversie che trovino titolo in un rapporto di natura societaria, con il rischio peraltro di ampliare il loro ambito di applicazione oltre i confini voluti dal legislatore. Si pensi alle azioni revocatorie di operazioni straordinarie e lo stesso discorso potrebbe riproporsi per le azioni che i creditori intendano promuovere per far valere il rimedio risarcitorio loro riconosciuto dalla disciplina delle fusioni e delle scissioni.

(27) Per la soluzione positiva Trib. Napoli 4 febbraio 2016, in *Dir. fall.*, 2016, 1604 ss. con nota di P.P. Ferraro.

(28) Si veda per tutte Cass. 21 giugno 2018, n. 16347, dove, traendo conforto anche da altri dati normativi interni e comunitari, si osserva che "Questa Corte ha chiarito che l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui alla l.fall., art. 182-bis, appartiene agli istituti del diritto concorsuale, come è dato desumere dalla sua disciplina che presuppone, da un lato, forme di controllo e di

pubblicità sulla composizione negoziata (in punto di condizioni di ammissibilità, deposito presso il tribunale competente, pubblicazione al registro delle imprese e necessità di omologazione) e, dall'altro, effetti protettivi (quali i meccanismi di protezione temporanea e l'esonero dalla revocabilità di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in sua esecuzione), tipici dei procedimenti concorsuali (cfr. Cass. n. 1182-18, Cass. n. 1896-18)".